



## 民事訴訟法

千葉大学教授  
北村賢哲 KITAMURA Kentetsu

463 号 (2019 年 4 月号)

### 📌 ステップアップ の一応の解答

形式的には、昭和 23 年に当時の民訴法 140 条 3 項 (現 159 条 3 項) が追加されたことにより立法的解決が図られる前の裁判例だということが重要である。同項における「準用」の含意が不明瞭ではあるが、同項によれば、答弁書の不提出又は最初の期日の不出頭が責めに帰すべき事由によるか否かは擬制自白の成否に影響しないものと解し得る。現在の通説はまさにそう解している。昭和 19 年大連判はこれと明らかに抵触する。

実質的に見ても、現在の通説と比べて、擬制自白による事件処理に渋滞をもたらす考え方である。なぜなら、同大連判によれば、被告の不提出かつ不出頭が明らかでも、それらの帰責性の有無を裁判所は判断しなければ、擬制自白による処理ができないからである。欠席被告の欠席理由は直ちには明らかにならないのが通常であるから、この審理のために期日を重ねる必要が生ずる。それよりは、不出頭かつ不提出の事実のみに基づいて擬制自白の成立を認める方が、ずっと簡便な処理ができる。

同大連判の評釈者は、かように審理負担を重くする判断をなぜ大審院が行ったのかについて、戦時中で控訴審が省略されていた (昭和 18 年 10 月 31 日法律第 105 号裁判所構成法戦時特例中改正法律 4 条) という特殊事情があった点を重視する。戦時中、いったん擬制自白に基づく判決を 1 審がしてしまうと、その後の不服申立てが上告に限られる結果、上告理由がない限り、明らかに誤った判決で

あっても取り消せないという事態が生じた。そのため、1 審の段階で慎重な審理を期すべく、擬制自白の成立に一定の制約を課さざるを得なかったのである。が、戦争が終結し、3 審制が回復した現在、かような支障はなくなっているので、1 審の審理負担を重くする解釈を採るべきでないと言っているのである。

かような次第で、同大連判の先例的価値は否定されている。しかし、平時をも見据えた重要な判断であったと筆者は考えている。じっさい、同大連判の当てはめ部分では、被告の不出頭の帰責性に言及せず、答弁書不提出について帰責性を見出し、擬制自白の成立を認めた 1 審の処理を肯定した。訴状を受領した以上、答弁書を提出することはおよそ可能であり、不出頭を予定する被告はそうすべきだとの価値判断が、この当てはめを支え、かつ、現在の通説を支え続けている。詳細は、北村賢哲『『いわゆる欠席判決』法理の生成と展開 (1)』千葉大学法学論集 21 巻 3 号 69 頁以下を参照せよ。

## 464 号 (2019 年 5 月号)

### ステップアップ の一応の解答

昭和 11 年大判のどこが実質的に重要と考えるかによって、応答は 2 方向に分かれる。

同大判は、訴状の被告欄を死者たる被相続人からその子たる相続人に補正させるために 1 審まで差し戻したのであるが、当事者の表示が誤った状態で言い渡された 1・2 審判決はいずれも取り消されている点を重視すれば、表示説の考え方を前提にしているといえることができる。行動説や意思説によって相続人が被告であると確定されたなら、被告の表示の訂正は単なる誤記の訂正に類することとなり、判決確定後にも職権でなしうるものとなり (257 条)、わざわざ差し戻して治癒させる必要のある手続的瑕疵は存しないはずだからである。

それでも、伝統的な表示説論者からは、死者を被告とする訴訟は直ちに不適法却下し、原告は相続人に対する新訴を改めて提起すべきであり、同大判の処理は、当事者の確定と当事者の変更とを混同

していると批判されている（中務俊昌「当事者の確定」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座(1)』88 頁）。が、訴え却下となると相続人に対して時効の完成猶予を主張できず、また、帖用印紙が無駄になるため、表示の訂正で賄うことは便法として許容されると説かれることがある（高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)〔第 2 版補訂版〕』164 頁参照）。さらに、一部の表示説論者は、当事者の確定の守備範囲を第 1 回期日前までに限定し、当然承継の類推適用によって同大判と同様の解決をはかることをむしろ歓迎する向きもある（上野泰男「当事者確定基準の機能」『名城大学創立 30 周年記念論文集〔法学篇〕』160 頁）。

これに対し、同大判が相続人を「実質上の被告」と評価したこと自体、表示説に依っていると考えることもできる。なぜなら、この事件の訴状の被告欄は「杉田司」と記されていたが、その子たる相続人の名は「杉田司郎」であって、訴状の被告欄は相続人名の末尾の一字「郎」を記し忘れただけの誤記と評価することができるからである（村松俊夫「判批」民商 4 卷 6 号 81 頁参照）。むしろ、単なる誤記であれば、上記のとおり、1 審に差し戻すまでの瑕疵ではない。しかし、本件は、「杉田司」も司郎の父としてかつて存在したため、この被告欄の表記によって相続人司郎が自分宛ての訴状であると判断することが難しかったケースであり、かつ被告側から本案応訴がないままだったため、その応訴機会を確保するために例外的に 1 審に差し戻したとも考えられる。

## 465 号（2019 年 6 月号）

### ステップアップ の一応の解答

問題の鍵は 54 条である。本件が地裁事件である以上、「弁護士でなければ訴訟代理人となることができない」と定める同条 1 項本文の適用問題となる。となると、あなたが全くの法律の素人であれ、司法書士であれ、弁護士でないことには変わりがない。したがって、訴訟代理人になることができないという帰結に落ち着く。弁護士になりすまそうとした場合の罰則の適用も、司法書士か否かで変わることはないし、なりすまさないければ、弁護士ではない者が訴訟代理

人になろうとしていることが明らかだから、直ちに審理から排除されることになろう。

さてしかし、そのような帰結で良いかは考えどころである。なぜなら、司法書士は裁判所に提出する書類を代わりに作成しうるのである（司法書士法 3 条 1 項 4 号）。司法書士たるあなたが請求原因事実をすべて否認する旨の答弁書を父上に代わって作成することは可能であり、当該答弁書が父上によって提出されれば、第 1 回口頭弁論期日に父上が出頭しなくてもその内容の陳述が擬制され（158 条）、裁判所は続行期日を指定せざるを得ない。他方で、父上が弁護士を代理人に選任したとしても、同様に答弁書を作成した上で陳述をするか、あるいは口頭で請求原因事実を否認するかである。つまりこの段階で、依頼者の利益保護の観点からも審理の円滑化の観点からも、両者に実質的な相違はない。54 条の趣旨との関係で、唯一区別する視点があるとするれば、「三百代言」防止であり、法が認めた範囲を超えてまで業としての保護を認めるべきではないという点にとどまろう。

判例も、非弁護士が訴訟代理人として行った訴訟行為は無効であるが追認可能なものとしている（最判昭和 43・6・21 民集 22 卷 6 号 1297 頁）。また、認定司法書士が代理権の範囲を超えて行った裁判外の和解契約を締結したときに、依頼者との間の委任契約は無効であり、報酬請求もできないが、和解契約自体はそれが公序良俗違反と評価される特段の事情がない限り、無効とならないとしている（最判平成 29・7・24 民集 71 卷 6 号 969 頁）。報酬が発生しなければ、弁護士法 72 条が刑事罰をもって禁じる「業として」の法律事件の代理に該当せず、公序良俗違反とまでは評価できないと判断されているものと評価できる。

本人ないし弁護士による訴訟追行が可能となるまでのつなぎとしての代理権行使を許容ないし黙認する余地が検討されてよい。

## 466 号 (2019 年 7 月号)

### ステップアップ の一応の解答

現在、よく指摘されるのは、提訴への萎縮が生じるというもので

ある。すなわち、「敗訴すれば相手方の弁護士費用の負担までさせられるという心配から正当な訴え提起・訴訟追行をも抑制しかねないという懸念」(引用は新堂幸司『新民事訴訟法〔第6版〕』991頁)が存するのである。もっとも、弁護士報酬敗訴者負担が司法へのアクセス全般を抑制するとの見解はあまり見られない。かつては、司法アクセスを向上させるものとして立法が待望されていた(北村賢哲「弁護士報酬規制の源流」伊藤眞先生古稀祝賀論文集『民事手続の現代的使命』1353頁)。現在でも、一定の萎縮が一定範囲で生ずることに対する補償が欠けることを問題視することが多い。平成10年代の司法制度改革の時代においては、政策形成訴訟の萎縮が指摘された。

このような理解の暗黙の前提として、各自負担原則が長年定着しており、制度そのものに一定の合理性が存するとの考え方が存する。訴訟の勝敗は両当事者の主張立証の総合判断であり、敗訴者にすべての訴訟費用を負担させることは合理性を欠く(伊藤眞『民事訴訟法〔第6版〕』615頁注313)。じっさい、訴訟費用を完全に敗訴者に請求することは実務上稀であり(「[資料] 民訴費用制度等研究会報告書」ジュリ1112号64頁)、敗訴者負担は我が国に馴染まないと説かれる(北村賢哲「弁護士報酬の敗訴者負担に関する議論の近況」青山善充先生古稀祝賀論文集『民事手続法学の新たな地平』1083頁注20)。

また、相手方への償還請求の額を裁判所が決することは、本来自由に決定されるべき弁護士費用額が事実上公定化されることにつながるなどの懸念も見逃せない。前述の司法制度改革では、むしろこれを嫌って、弁護士の報酬規定は弁護士会、日弁連の会則の必要的記載事項から削除され、廃止された。

なお、弁護士が大都市に偏在している状況で、弁護士に依頼できない者がとりわけ地方に数多く存し、弁護士に依頼できる者との関係で不利益を被るとも説かれていた(民訴費用制度等研究会報告書・前掲70頁)。弁護士過剰とも言われる現状であるが、都市部集中が十分に是正されたとはいえない。2019年に入り、弁護士が地裁支部管轄区域内に1名のみのいわゆる「ワン地域」が存在し続けており、「ゼロワン地域」の解消は日弁連の課題である続ける。そのような地域の住民への配慮の必要はなお残る。

## 467 号 (2019 年 8 月号)

### ■ ステップアップ の一応の解答

弁護士報酬の償還可能性についての原被告間に不均衡が存するとの指摘は、平成 8 年民訴法改正の直前段階で、伊藤眞「訴訟費用の負担と弁護士費用の賠償」中野貞一郎先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論(下)』106 頁において、次のようになされている。

「訴訟費用の負担は、敗訴原告または敗訴被告のいずれに対しても命じられるが、損害賠償の一部としての弁護士費用の回復は、不当提訴・不当応訴を別にすれば、その性質上原告たる債権者にのみ許される。したがって、不法行為および債務不履行について常に弁護士費用の賠償を認めるということは、かえって当事者間に不公平感を生み出す結果となる。なぜなら、勝訴被告にとっては、不当訴訟の場合を除いて、弁護士費用の回復が期待できず、ほとんどの場合にそれを自分自身が負担せざるをえないからである。」

同論文は直後に、この「不公平感」の解決のためのあるべき方策として、償還を認めるべき場合を一定類型の不法行為および損害賠償に限定する解釈を採るべきことを提唱する。けれども、平成 8 年民訴法改正後に弁護士報酬の償還可能性に関する判例法理に生じた変化は、安全配慮義務違反に基づく弁護士報酬の償還可能性が認められたくらいであり（最判平成 24・2・24 判時 2144 号 89 頁）、「不公平感」が判例法理において積極的に解消されたようには見えない。

もっとも、「不公平感」と表記する含意は、原被告間の均衡が失われたと評価していない点にある。原告と被告とで、弁護士費用を損害賠償請求権の内容として位置づけられるか否か、実体法上の位置づけが異なるからである（伊藤・前掲 107 頁）。弁護士報酬敗訴者負担が導入された場合と比較すれば現状の原被告間の不公平は際立つが、導入すべきという立場を採らないとなると、両者は容易には比較できない問題であるということになる。

じっさい、平成 10 年代の司法制度改革において、「裁判所へのアクセスの拡充」が謳われた際（『司法制度改革審議会意見書』〔PDF 版〕28 頁）、主に念頭に置かれたのは積極的な利用者たる原告のアクセス改善であった。弁護士に依頼して訴訟提起するまでに様々な障害があるのだから、原告にのみ償還可能性を認めることも正当化

できたのかもしれない。が、以後弁護士は増えたはずであり、原告側のアクセスは改善された。原被告間の不公平（感）は静かに際立ちつつあるのではないか。